

La justicia contractual en la
contratación y la ejecución de la
garantía hipotecaria, tras la Ley
1/2013, de 14 de mayo, de medidas
para reforzar la protección a los
deudores hipotecarios, reestructuración
de deuda y alquiler social

*The contractual justice in the
contracting and the execution of the
mortgage guarantee, after the act
1/2013, of may the 14th, on measures
to reinforce the protection to the
mortgage debtors, restructuring of
debt and social renting*

por

M^a BELÉN SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Almería

RESUMEN: *La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler*

social, da entrada a la intervención pública, preventiva y judicial, propias del Derecho del consumo en la contratación del préstamo y crédito hipotecarios, de modo que la admisión del principio *pro-consumatore* y el control judicial del equilibrio contractual en la ejecución hipotecaria, podría resultar igual o más relevante para la protección del deudor que la propia previsión de la dación en pago retroactiva. En los sistemas de contratación europeos del siglo XXI, la seguridad jurídica contractual no puede basarse en la intangibilidad de lo pactado, sino en el cumplimiento de la función económico-social de cada contrato, por lo que deben, todos ellos, arbitrar instrumentos efectivos que garanticen el equilibrio de las partes en el momento de la contratación, pero también en el de cumplimiento del contrato, atendiendo a la buena fe y a la equidad. Esto es ineludible cuando una de las partes es consumidor y es obligada su protección para los ordenamientos nacionales de los países miembros de la Unión Europea, y de este planteamiento no puede escapar nuestro sistema de contratación y garantía hipotecarias. Es preciso, entonces, que en la ejecución hipotecaria el juez considere, no solo la concurrencia de condiciones abusivas a la hora de contratar, también las circunstancias sobrevenidas que afecten a la relación causal que garantiza la hipoteca, y la oportunidad de aplicar, o no, determinadas normas, en atención a la buena fe y a la prohibición del abuso del derecho.

ABSTRACT: The Act 1/2013, of may the 14th, on measures to reinforce the protection to the mortgage debtors, restructuring of debt and social renting gives entry to the public, preventive and judicial intervention, from the consumers Law in the contracting of the lending and credit mortgage, so that the admission of the proconsumatore principle and the judicial control of the contractual balance in the mortgage execution, might turn out to be equal or more relevant for the protection of the debtor, that the own forecast of the retroactive datio pro soluto. In the European systems of contracting of the 21st century, the juridical contractual safety cannot be based on the untangibility of the agreed, but on the fulfillment of the economic and social function of every contract, for what all of them have to, arbitrate effective instruments that guarantee the balance of the parts in the moment of the contracting, but also in that of fulfillment of the contract, attending to the good faith and to the equity. This is unavoidable when one of the parts is consumer and his protection is forced for the national laws of the countries members of the European Union. From this point of view our system of contracting and guarantee mortgages cannot escape. It is precise, at the time, that in the mortgage execution the judge considers to be, not only the concurrence of improper conditions at the moment of contracting, but also the struck circumstances that concern the causal relation that guarantees the mortgage, and the opportunity to apply, or not, certain procedures, in consideration of the good faith and the prohibition of the abuse of the Law.

PALABRAS CLAVE: Tráfico inmobiliario. Deudor hipotecario consumidor. Equilibrio contractual. Condiciones abusivas. Circunstancias sobrevenidas. Equidad. Buena fe.

KEY WORDS: *Real-estate traffic. Consuming mortgager. Contractual balance. Improper conditions. Struck circumstances. Equity. Good faith.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS: LA PROTECCIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO COMO CONSUMIDOR EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE FAVOR CREDITORIS CUM HYPOTECA Y EN EL MARCO DE LA CRISIS ECONÓMICA.—II. DEL PACTO DE ZURBANO, A LA LEY 1/2013 DE MEDIDAS PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS, REESTRUCTURACIÓN DE DEUDA Y ALQUILER SOCIAL.—III. LA PARALIZACIÓN DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS Y LAS DACIONES EN PAGO ORDENADAS ANTES DE LA LEY 1/2013.—IV. LA MODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 93/13/CEE DEL CONSEJO, DE 5 DE ABRIL DE 1993. LA NECESARIA INCORPORACIÓN DEL CONTROL JUDICIAL DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL AL PROCEDIMIENTO.—V. EL CONTROL JUDICIAL SOBRE EL EQUILIBRIO CONTRACTUAL, INICIAL Y FUNCIONAL. FUNDAMENTO E INSTRUMENTOS EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.—VI. LA BUENA FE Y LA EQUIDAD EN EL CONTROL DE LA JUSTICIA CONTRACTUAL HIPOTECARIA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS: LA PROTECCIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO COMO CONSUMIDOR EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE FAVOR CREDITORIS CUM HYPOTECA Y EN EL MARCO DE LA CRISIS ECONÓMICA

En un momento en el que las condiciones del tráfico inmobiliario, un sistema de contratación y ejecución hipotecarias claramente *procreditore* y la inexistencia, en nuestro ordenamiento, de una imprescindible ley sobre endeudamiento y concurso de las personas físicas, han generado un desequilibrio contractual en masa y un problema social, la reciente *Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, reconoce la obligada protección del deudor contratante de un crédito o préstamo hipotecario desde su consideración como consumidor.

No obstante, como se expondrá, la Ley no introduce de un modo decidido el control del equilibrio contractual funcional en la ejecución hipotecaria, y se limita a dar entrada al control del desequilibrio contractual inicial, producido por

las cláusulas abusivas pactadas, sin considerar el que puede generar la aplicación de una norma, cuando han cambiado excepcionalmente las circunstancias en el cumplimiento del contrato por causas no imputables a las partes.

A pesar de ello, la intervención judicial se muestra más necesaria y obligada que nunca y, desde esta perspectiva, las medidas aprobadas no deberían convertirse, como un efecto perverso, en límite a la actuación judicial dirigida a proteger al consumidor y a hacer efectiva la justicia contractual, también en el sistema de contratación y ejecución hipotecarias. Así lo impone el Derecho Comunitario.

Con la Ley 1/2013, de 14 de mayo la serie de disposiciones aprobadas en España en los últimos años para la protección del deudor hipotecario, que inicialmente resultaban medidas (algunas temporales) de índole social, dirigidas a los deudores en riesgo de exclusión, ha dado entrada, —por fin—, a la intervención pública propia del Derecho del Consumo en nuestro sistema de contratación y ejecución de la garantía hipotecaria.

En el conjunto de medidas, adoptadas desde el Real Decreto Ley 6/2010 hasta la última Ley 1/2013, algunas son comunes a todos los deudores hipotecarios, mientras que otras, solo afectan a los que, por su sobreendeudamiento, se encuentran en riesgo de exclusión social; y pueden clasificarse según que, en primer lugar, afecten al proceso de formación del préstamo hipotecario, a su contratación (como las dirigidas a neutralizar las cláusulas abusivas o a limitar el interés moratorio o remuneratorio); en segundo lugar, las que, en la fase de cumplimiento del contrato, y concurriendo circunstancias sobrevenidas, afectan a la liquidación de la deuda (su novación con quitas, aplazamientos, y solo eventualmente la dación en pago); finalmente, las que se refieren al procedimiento de ejecución hipotecaria (judicial y extrajudicial), como las referidas a la subasta o a la tasación, al salario inembargable, las costas de ejecución o las que suspenden temporalmente el lanzamiento.

Todas estas medidas, que se han venido aprobando desde 2010, irrumpen en un sistema de contratación y ejecución hipotecarias marcadamente protector del interés del acreedor, orientado por el *favor creditoris cum hypotheca*; que se construye y hace descansar la seguridad jurídica del tráfico a que se refiere, sobre el paradigma de la intangibilidad de lo pactado, el principio *pacta sunt servanda*.

En el proceso hipotecario se dota, en efecto, de fuerza especial y central al título ejecutivo, mostrándose como un proceso eminentemente formal que se sostiene sobre la constancia registral de los datos contractuales. Y la ejecución, se orienta fundamentalmente a que el acreedor perciba, sin oposición ni dilaciones, la satisfacción de la deuda garantizada con la venta o la adjudicación del inmueble; de modo que, si con su resultado no hay importe suficiente, se continúe sobre el resto del patrimonio del deudor. Es así, el procedimiento de ejecución hipotecaria, un proceso sumario sin fase de cognición, en el que se

reducen las posibilidades de defensa del deudor y las causas de suspensión del procedimiento, de modo que, las de oposición de fondo que sean distintas, se remiten a un juicio declarativo posterior¹.

Pero además, y esta es una cuestión central en las actuales circunstancias, durante la ejecución hipotecaria se hace disminuir, por ley, el valor del bien hipotecado, como sanción al deudor por el impago o por presumirse que ha perdido valor, y tampoco ayuda a ese valor, que, en la realidad, no haya una libre concurrencia de postores en las pujas. En cualquier caso, es el deudor quien sufre esa pérdida de valor, ya que se permite que el acreedor continúe la ejecución sobre el patrimonio del primero, cuando el importe obtenido en la ejecución de la garantía no salda toda la deuda².

Debido a las circunstancias económicas y sociales que atravesamos, nuestro sistema de contratación y ejecución hipotecarias se ha enfrentado a la necesidad de arbitrar instrumentos de protección del deudor que, mas allá de las medidas concretas de política social y económica, pueden encontrar su fundamento y su desarrollo, en una obligada reflexión en torno a la justicia contractual y a la necesaria actuación judicial para hacerla efectiva.

Pero ya antes de que se desencadenara la actual crisis económica, se reclamaba una revisión del procedimiento de ejecución hipotecaria a la luz del principio de defensa del consumidor, pues los de préstamo y crédito hipotecarios son, por lo general, contratos en que el prestatario es un consumidor y el prestamista es un profesional del crédito, y quedan, por tanto, sometidos al *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*; a la *Ley 7/1998, de 13 de abril, reguladora de las condiciones generales de la contratación*; así como a la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores que causen un desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor*. Es también de considerar la *Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo*, que, no obstante, excluye de su ámbito de aplicación los contratos relativos a la concesión de un crédito que esté garantizado por una hipoteca sobre un inmueble y los contratos de crédito cuyo propósito consista en financiar la adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre terrenos o edificios existentes o por construir, pero hay Estados miembros de la Unión Europea que aplican al crédito hipotecario algunas disposiciones de esa Directiva, y la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo sobre los contratos de crédito relativos a los bienes inmuebles de uso residencial, COM(2011) 142 (31.3.2011)* establece un marco similar a esa Directiva, a la que complementa, pero para el crédito hipotecario³.

Ciertamente de lo que se expondrá resulta, entre otras conclusiones, que las medidas de protección del deudor hipotecario que se han adoptado en España

desde 2010 hasta ahora, no solo han respondido a una necesidad social y económica, también a una necesidad jurídica: la de armonización del sistema de contratación y ejecución hipotecario español con el Derecho comunitario, los ordenamientos europeos y el Derecho contractual uniforme⁴. Sin embargo, no es preciso destacar que todas ellas se han adoptado con mucha resistencia por parte del legislador y en el marco de una gran tensión social y política.

II. DEL PACTO DE ZURBANO A LA LEY 1/2013 DE MEDIDAS PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS, REESTRUCTURACIÓN DE DEUDA Y ALQUILER SOCIAL

La primera iniciativa protectora de los deudores hipotecarios sobreendeudados fue el *Real Decreto Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo* (Pacto de Zurbano) que aumentaba el importe del salario inembargable, cuando tras una ejecución hipotecaria, el resultado de la venta no era suficiente para saldar la deuda y había que continuar con la ejecución sobre el patrimonio del deudor.

Este salario mínimo inembargable se eleva aún más con el *Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, de «medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa»*⁵, que, además, incrementaba el valor mínimo de adjudicación (al 60% del valor de tasación) de la vivienda habitual al acreedor del bien hipotecado en la subasta sin postor y cuya mejor postura hubiese sido inferior al 70%. El objetivo, según la exposición de motivos de esta norma, era garantizar que en caso de producirse una ejecución hipotecaria por impago, los deudores recibirían una contraprestación por el inmueble que les permitiera saldar o reducir al máximo posible la deuda remanente. Con tal objeto se reduce también hasta el 20% (antes del 30%) el depósito exigido a los postores para participar en una subasta, y así permitir una mayor concurrencia de pujas.

Meses después se adoptan las medidas urgentes del *Real Decreto Ley 6/2012 de 9 de marzo, de protección de deudores hipotecarios sin recursos*, aplicable a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca, vigentes a la fecha de su entrada en vigor, cuyo deudor se encontrase situado en el umbral de exclusión⁶.

Este Real Decreto Ley introduce algunos mecanismos dirigidos a la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes no podían atender su pago y la flexibilización de la ejecución de la garantía real, entre ellos, la novación obligatoria de la deuda para los acreedores que se adhieran voluntariamente al «Código de Buenas Prácticas»; aunque solo en los contratos de préstamo

o crédito garantizados con hipoteca para la adquisición de vivienda cuyo precio no sobrepasase unos límites variables según la población. No obstante, el acreedor adherido al *Código de Buenas Prácticas* podría mejorar las previsiones del mismo, y por tanto, entre otras mejoras, extender también su aplicación a deudores que se encontrasen fuera del umbral de exclusión.

La reestructuración de la deuda hipotecaria, se procura, en primer término, aplicando a los préstamos una carencia en la amortización de capital y una reducción del tipo de interés durante cuatro años, ampliando el plazo total de amortización hasta cuarenta años. Además se ordena la limitación del interés moratorio al resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo, un 2,5 por cien sobre el capital pendiente de préstamo (como en el crédito al consumo). El Real Decreto insiste en que «*Esta moderación de intereses no será aplicable a deudores o contratos distintos de los regulados en el presente Real Decreto-ley*» (art. 4.2), y sería efectiva solo desde que el deudor acreditase su situación en el umbral de la exclusión. Si estas medidas sobre la deuda no fueran suficientes, la entidad acreedora decidiría potestativamente si aplicar una quita del capital pendiente del 25%, o una reducción equivalente a la diferencia entre el capital amortizado y el capital prestado, o una reducción equivalente a la mitad de la diferencia existente entre el valor actual de la vivienda y el valor que resulte de sustraer, al valor inicial de tasación, dos veces la diferencia con el préstamo concedido.

Esta reducción resultaría también aplicable a los deudores en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que se haya producido el anuncio de subasta, a quienes, sin embargo, no se podría aplicar la reestructuración de la deuda anterior. Y si ni siquiera esta quita convierte en posible el cumplimiento de la deuda, el acreedor tendría que aceptar la dación en pago solicitada por el deudor, de modo que con la entrega de la vivienda habitual quedarán canceladas la deuda, la responsabilidad personal del deudor y la de terceros. Pero las familias podrían permanecer en su vivienda, quedando suspendido el lanzamiento, durante un mínimo de dos años, con la satisfacción de una renta anual equivalente al 3% del importe de la deuda pendiente en el momento en que se verificase la dación en pago.

Destaca también en el *Real Decreto Ley 6/2012* la reforma que se opera en el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria aproximándolo al procedimiento judicial y reduciendo a una sola subasta las tres previstas por el Reglamento Hipotecario⁷. Para la única subasta, sirve de tipo el pactado en la escritura de constitución de hipoteca y queda adjudicada la vivienda a quien presente la mejor postura con un valor igual o superior al 70% del valor por el que el bien hubiera salido a subasta.

Cuando la postura inicial sea inferior al 70%, puede presentar el deudor un tercero que la mejore. Pero de no producirse estas posturas, se adjudica la vivienda por un importe igual o superior al 60% del valor de tasación, a instancias del acreedor.

Si el acreedor no hace uso de su derecho, se adjudica al postor que presente la mejor postura, siempre que supere el 50% del valor de tasación o, siendo inferior, cubra al menos la cantidad reclamada por todos los conceptos. Pero si no hay postor que concurra a la subasta, el acreedor puede pedir la adjudicación por importe igual o superior al 60% del valor de tasación.

La Disposición final tercera del Real Decreto-ley encomienda al gobierno el desarrollo reglamentario de la ejecución extrajudicial que debe contemplar la subasta electrónica, entre otras previsiones.

La naturaleza excepcional y coyuntural de la normas comentadas no solo se deduce de su estricto, y continuamente delimitado, ámbito de aplicación subjetivo del que, naturalmente, se extrae expresamente al deudor que voluntariamente se coloca en el umbral de la exclusión y es sancionado de disfrutar indebidamente de las medidas expuestas⁸. La naturaleza excepcional y coyuntural de la norma comentada se deriva también, del carácter en realidad potestativo para los acreedores de todas las medidas que dispone; aunque es cierto que la práctica totalidad de las entidades financieras han suscrito el *Código de Buenas Prácticas*⁹. A los acreedores es, por otra parte, a quien parece beneficiar más la ejecución extrajudicial de la hipoteca, por su agilidad y menor coste, y no al deudor (tampoco a terceros) que podría verse privado de las garantías que acompañan al procedimiento judicial¹⁰.

En conclusión, aunque afirmara el *Real Decreto-ley 6/2012* que su objeto era «establecer medidas conducentes a procurar la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria» (artículo 1), esta norma no alteró, en absoluto, la naturaleza *procreditorum* del sistema de contratación y ejecución hipotecarias.

Tampoco supone una novedad, ni cambia nada en la naturaleza *procreditorum* del sistema, el *RD de 15 de noviembre de 2012*, que vino a impedir el lanzamiento de la vivienda en todos los casos de adjudicación al acreedor o un tercero, cuando los deudores se encontraran en riesgo de exclusión social.

Esta norma introduce solo una nueva medida de carácter temporal y excepcional, aplicable en circunstancias extraordinarias y con la única finalidad, según expone su exposición de motivos, de evitar que la adversidad económica de las familias, los condene finalmente a su exclusión social: Según el artículo 1º de este Real Decreto Ley: «Hasta transcurridos dos años desde la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley, (es decir, hasta el de 16 de noviembre de 2014), no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad¹¹ y en las circunstancias económicas previstas en este artículo¹².

Diversos colectivos de juristas valoraron duramente este Real Decreto-ley, y por encima de los defectos concretos y las lagunas que se le observaban —como

la no paralización de los intereses de demora o la estricta consideración de los deudores en el umbral de exclusión (quedaban fuera las familias con niños mayores de 3 años o los jubilados, por ejemplo)—, se insistió en que la situación económica requería una profunda reforma de la Ley Hipotecaria, la limitación legal del contenido del contrato, el control judicial de las condiciones de la contratación (cláusulas abusivas de las entidades bancarias, sobrevaloraciones perjudiciales a los ejecutados, intereses leoninos...), y de la ejecución de la garantía hipotecaria, (cuestionando, por ejemplo, el procedimiento extrajudicial hipotecario, sin las garantías del procedimiento judicial).

Insistentemente se reclamaba la posibilidad de ordenar la dación en pago en los casos en que los valores de tasación, reflejados en el contrato, eran muy lejanos a los de la subasta y adjudicación, de modo que el deudor ejecutado perdía el bien por el que se hipotecó y quedaría endeudado, además, de por vida.

Entre todas las opiniones expresadas, merece ser destacada la de la Defensora del Pueblo que, no obstante valorar positivamente la normativa sobre desahucios, incluyó entre las reformas pendientes, la posibilidad de limitar los intereses y costes de demora y los gastos de ejecución; la regulación efectiva de la insolvencia personal y familiar, la aplicación de la dación en pago en determinados casos, o la necesaria elaboración de un concepto jurídico del deudor de buena fe¹³.

A algunas de las carencias y críticas manifestadas entonces, responde la reciente *Ley, 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, cuya tramitación se ha visto acompañada por una *Iniciativa Legislativa Popular para la dación en pago retroactiva, la paralización de los desahucios y el alquiler social*.

La Ley comienza con medidas nuevamente temporales y coyunturales, ordenando la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los lanzamientos de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión (capítulo I). Prevé también ampliar el colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que pueden beneficiarse del fondo social de vivienda. Pero en el capítulo II, «*Medidas de mejora del mercado hipotecario*», se contemplan importantes límites en la contratación.

Así, «*El préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60 por ciento del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 por ciento del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta Ley. El plazo de amortización del préstamo o crédito garantizado, cuando financie la adquisición, construcción o rehabilitación de la vivienda habitual, no podrá exceder de treinta años*». (art. 5.2). E igualmente, «*los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán*

devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

La Ley introduce controles importantes en las sociedades de tasación y sus servicios, así como, se añaden nuevos requisitos formales que quieren garantizar la información, para el que se endeuda, sobre las condiciones que habrá de asumir¹⁴.

Respecto de la ejecución hipotecaria, el CAPÍTULO III contempla la modificación del procedimiento para que el juez pueda paralizar una ejecución si observa la presencia en el contrato de cláusulas abusivas. Esta previsión se incorpora atendiendo a la *sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013*, que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona respecto a la incidencia en la legislación hipotecaria española de la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993*.

Según esta sentencia, el marco legal de la Ley Hipotecaria en España podría resultar abusivo para los consumidores en la medida en que no permite analizar el contenido de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario por lo que, después de la *Ley 1/2013 de 14 de mayo*, si de oficio o a instancia de parte, el órgano judicial aprecia en el título ejecutivo la existencia de cláusulas contractuales, que constituyan el fundamento de la ejecución o que hubieren determinado la cantidad exigible, y que hubiesen sido unilateralmente impuestas al consumidor, puede resolver sobre la improcedencia de la ejecución o su continuación, pero sin aplicación de las cláusulas abusivas (por cierto que el auto que así decide es apelable, pero no el que desestima la condición abusiva de una cláusula y acuerda continuar la ejecución [art. 695.4 LEC])¹⁵.

Como destaca CARRASCO PERERA la potestad del juez para actuar de oficio, al respecto, es irrenunciable, tanto en los procesos de ejecución ordinarios, como en el de ejecución hipotecaria, aunque el legislador abra ahora la posibilidad de una oposición de parte deudora en el proceso de ejecución; y así lo observa reconocido en resoluciones comunitarias y nacionales (cfr. STJCE 4.6. 2009 [TJCE 2009, 155, asunto Pannon GSM], TS en la STS 1 julio 2010 [RJ 2010, 6554]; Auto de la AP Santa Cruz de Tenerife, Sección 4^a, 5.7.2011, [AC 2011, 2075])¹⁶.

También en la venta extrajudicial, que de nuevo es objeto de reforma, el notario puede advertir a las partes si existe alguna cláusula que pueda ser considerada abusiva, y puede ser suspendida la venta extrajudicial, cuando las partes acrediten que, conforme al artículo 129 LH, se ha solicitado al órgano judicial competente que dicte resolución decretando la improcedencia de dicha venta.

En la subasta se introduce un mínimo en el valor de tasación del bien que no podrá ser inferior al 75 por cien del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo, y si la subasta concluye sin postor, se incrementan los porcentajes de adjudicación de la vivienda habitual del 60, hasta un máximo del 70 por cien.

Por otro lado, se facilita el acceso de postores a las subastas y se rebajan los requisitos que se imponen a los licitadores. Pero si tras la ejecución hipotecaria de una vivienda habitual aún quedara deuda por pagar, se puede condonar parte de la deuda remanente y se permite que el deudor participe de la eventual revalorización futura de la vivienda ejecutada.

El actual sistema de quitas (reducción del 35% si se paga la deuda en 5 años y del 20% en 10 años) se aplica retroactivamente a las adjudicaciones de vivienda habitual hipotecadas anteriores a la entrada en vigor de la ley, siempre que a esa fecha no se hubiere satisfecho completamente la deuda y que no hayan transcurrido los plazos de 5 o 10 años¹⁷.

También se establece una nueva regla de imputación de pagos: la cantidad de adjudicación del bien se imputará, en primer lugar, a intereses remuneratorios, después al principal, después a los intereses moratorios y finalmente a las costas¹⁸. Estas, por otra parte, se han limitado al 5% del total reclamado, cuando se trata de la ejecución de la vivienda habitual.

La *Ley 1/2013* no incluye, desde luego, la dación en pago retroactiva, en el sentido de considerar suficiente, en vía de ejecución, la entrega de la vivienda para saldar la deuda hipotecaria contraída¹⁹. En la nueva redacción del artículo 579 LEC se insiste sobre el hecho de que «*Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución*» aunque es posible aplicar las quitas apuntadas.

No se puede negar, sin embargo, que el paquete de medidas ofrece respuestas a muchas cuestiones planteadas sobre las condiciones de contratación de los préstamos y créditos hipotecarios, sobre la liquidación de la deuda cuando, por el cambio extraordinario de circunstancias debido a la crisis económica se hace imposible de afrontar al deudor sobreendeudado, así como sobre el procedimiento de ejecución judicial y extrajudicial de la hipoteca.

Pero, sobre todo, a la vista de las reformas que opera en la Ley Hipotecaria, la de Regulación del Mercado Hipotecario y la Ley de Enjuiciamiento Civil, es posible afirmar que la *Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, da entrada a la intervención pública, preventiva y judicial, propias del Derecho del Consumo, en la contratación del préstamo y crédito hipotecarios, limitando previamente lo que se puede pactar, permitiendo en algunas condiciones que el deudor se desvincule de lo estrictamente pactado y admitiendo la paralización de las ejecuciones o la alteración de sus términos, de modo que la admisión del principio *proconsumatore* y el control judicial del equilibrio contractual en la ejecución hipotecaria, podría resultar igual o mas relevante para la protección del deudor, que la propia previsión de la dación en pago retroactiva.

III. LA PARALIZACIÓN DE LAS EJECUCIONES Y LAS DACIONES EN PAGO ORDENADAS ANTES DE LA *LEY 1/2013*

En una valoración global y previa de las últimas medidas adoptadas destaca, en efecto, el protagonismo de la intervención judicial en el control de lo pactado en el préstamo o crédito hipotecarios, en la liquidación de la deuda e incluso en la ejecución de la garantía. Y es notorio que, antes de que el legislador se decidiera a proteger a los deudores hipotecarios, jueces y tribunales han actuado con compromiso, decisión y extraordinaria sensibilidad al problema económico y social, pero también jurídico, —de justicia contractual—, en las ejecuciones hipotecarias que se han multiplicado en este marco de gravísima crisis económica.

La intervención judicial sobre cada contrato de préstamo hipotecario ha sido ciertamente la primera respuesta que han encontrado los deudores hipotecarios sobreendeudados en nuestro sistema.

Las resoluciones que ordenaban daciones en pago o paralizaban los desahucios, también las relativas a cláusulas abusivas en la contratación, han precedido a las normas de protección aprobadas; y a la vista de estas, parece que la intervención del juez actuando la justicia contractual, resultará siempre imprescindible para interpretarlas, aplicarlas e integrarlas, en cada caso, con los recursos que ofrece el ordenamiento en general y el Derecho de contratos en particular.

A la dación en pago ordenada por algunos jueces en los últimos años es obligado referirse. Desde luego, por la sensibilidad y el compromiso con la justicia que jueces y tribunales han demostrado ante los deudores hipotecarios ejecutados, pero también, por los distintos fundamentos de las resoluciones que se han pronunciado a favor de entender saldada la deuda con la adjudicación del bien hipotecado al acreedor, a pesar de que su valor no cubriera el importe debido; por la importancia que se concede en estos fundamentos jurídicos al principio del equilibrio contractual y por la tutela que ofrecen al deudor de buena fe:

La primera de estas resoluciones que deben considerarse es la *Sentencia de 13 de noviembre de 2009 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Estella (Navarra)* que estimó suficiente la entrega del piso hipotecado al acreedor para entender liquidada la deuda, basándose en que este había admitido en la tasación, hecha al contratar, que el valor del inmueble correspondía a una cantidad superior al principal del préstamo, aunque en el momento de la ejecución resultara inferior.

Esta sentencia fue confirmada por *Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de fecha 17 de diciembre de 2010*²⁰ en el que se descartaba que la entidad financiera hubiera incurrido en abuso de derecho, al solicitar que continuara la ejecución sobre el patrimonio del deudor, pero sí estimaba «moralmente rechazable» esa petición, porque de la pérdida del valor del bien hipotecado, derivada de la crisis económica, podía entenderse responsable, en gran parte, al sistema financiero.

El Tribunal invoca el artículo 3 del Código Civil para realizar una interpretación de las normas, también las de ejecución hipotecaria, de acuerdo a la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo *a su espíritu y finalidad*. Acude así mismo a la doctrina sobre la vinculación de los actos propios, siguiendo la estela marcada por el juez de instancia: *«(...) la afirmación de la parte recurrente de que la finca en sí tiene un valor real que es inferior a la deuda reclamada, debe contrastarse con la propia valoración que se hace en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, que formalizaron las partes y singularmente por lo que supone un acto propio, del propio banco cuando, con arreglo a las cláusulas séptima, novena bis y décima, siendo el objeto y finalidad del préstamo la adquisición de la finca finalmente subastada, y a los efectos de su valor en subasta, se fijó la cantidad de 75.900 €»*.

No obstante, este mismo Tribunal, la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra, revocaría posteriormente una sentencia semejante estableciendo una dirección contraria, con otro *Auto de 4 Mayo de 2012* que permitía continuar la ejecución sobre el restante patrimonio del deudor, de acuerdo a los artículos 1911 del Código Civil, 105 LH y 579 LEC, para satisfacer al acreedor el importe no cubierto con la adjudicación del bien hipotecado.

En este segundo auto, la Audiencia Provincial de Navarra llega a afirmar que la admisión de la dación en pago, en los términos admitidos por el juzgado, afecta al principio de seguridad jurídica *«en cuanto alteran el marco normativo y las bases sobre las que se asienta en España el sistema de garantía hipotecaria»* y deja en manos del legislador la posibilidad de imponer al acreedor hipotecario la dación en pago: *«Ya no es un problema de interpretación o valoración, sino de sujeción al ordenamiento jurídico. En suma deberán ser otras instancias: legislativa, ejecutiva, política, social, las que puedan o quieran implementar nuevas medidas o soluciones a la dramática situación que plantea la ejecución hipotecaria, en el marco de la crisis económica y financiera, en que se debate el país»*.

Sin embargo, la sentencia recoge un voto particular que subraya cómo los numerosísimos procedimientos de ejecución hipotecaria son *«consecuencia para una mayoría de ejecutados, de una situación económica y financiera que no ha sido fruto de su voluntad»*. Y, por otra parte, la sentencia apunta que los afectados por la ejecución no utilizaron argumentos que sí podrían haber enervado la continuación de la ejecución; lo que viene a admitir, entonces, que de usar esos argumentos hubiera sido posible paralizarla. Entre esos argumentos: que la entidad de crédito en su solicitud de continuar la ejecución, actuaba con abuso de derecho o en contradicción *«con sus propios actos»*, o que el incumplimiento de los pagos del préstamo hipotecario se debía a *«circunstancias sobrevenidas»* determinadas por *«el contexto social y económico en que actualmente nos hallamos inmersos, ante la inesperada y vertiginosa deriva en los últimos años de la crisis económica y financiera»*.

Entre el *auto de 17 de diciembre de 2010* y el de *4 de Mayo de 2012 de la Audiencia provincial de Navarra*, se producen un *auto del Tribunal Constitucional 113 /2011, de 19 de julio*, —mediante el cual, declara este Tribunal la constitucionalidad del artículo 579 de la LEC²¹—, y la publicación del *Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio*, que, según hemos visto, introduce el incremento del 50% al 60% del valor de tasación la cantidad por la que el acreedor hipotecario puede pedir la adjudicación del bien subastado sin que hubieran concurrido postores.

Este *auto 113/2011 del Tribunal Constitucional*, tiene su origen en una cuestión de constitucionalidad planteada en septiembre de 2010 por un juez de Sabadell, al estimar que la normativa aplicable a la ejecución de las hipotecas y desahucios, podría vulnerar los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y el derecho a la vivienda.

El Tribunal Constitucional concluye sobre su falta de competencia para plantear modificación alguna en la ejecución hipotecaria, que, entiende, no vulnera el derecho a la defensa de los deudores ejecutados en la medida que el procedimiento les permite evitar el embargo (pagando) y plantear además un proceso declarativo. Pero el auto contó con un voto particular en contra, en el que el Magistrado discrepante trae a consideración la «realidad social y jurídica» para poner de manifiesto que los ciudadanos contrataron hipotecas sin poder valorar los riesgos por la «*complejidad y opacidad*» del sistema financiero; y que esos riesgos «*muy posiblemente*» también fueron ignorados por las entidades de crédito, de modo que los contratantes (prestatarios y prestamistas) emitieron su consentimiento bajo «*errores sustanciales*».

Tras el auto del Constitucional, se producen otras resoluciones judiciales que paralizaban las ejecuciones sobre el patrimonio del deudor, una vez adjudicada la vivienda al acreedor, con los argumentos del ejercicio abusivo del derecho que genera un enriquecimiento injusto, o la actuación contra los propios actos, (el de la tasación inicial) por parte del acreedor hipotecario en la ejecución:

El *auto de la Audiencia Provincial de Gerona de 16 de septiembre de 2011* afirma así: «*Si el banco, parte fuerte en el contrato de adhesión que firma con el prestatario, tasa la finca hipotecada en una determinada cuantía, no puede luego, si no quiere contravenir dicha doctrina, de reiterada aplicación jurisprudencial, incorporar como propio el bien subastado sin darle el valor que él mismo fijó*».

Al mismo tiempo, y en lo que a la aplicación de la doctrina del abuso del derecho se refiere, el Tribunal estima que la entidad financiera incurre en abuso de derecho, en la medida en que tomando como base lo dispuesto en una norma jurídica, se busca obtener una consecuencia que no entra dentro de la previsión para la cual hay que entender que ha sido dictada. En este sentido señala la resolución:

«(...) La finalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria es la de que el acreedor, por vía de ejecución del bien gravado en garantía, cobre la deuda que el prestatario tenga pendiente. Lo que la entidad financiera pretende aquí, es una interpretación del artículo 579 LEC que contravenga la finalidad misma del proceso, procurando al acreedor un beneficio injustificado que, hay que presuponer, la norma no busca amparar. En este sentido, la actuación de la entidad financiera se considera contraria al principio de la buena fe que debe presidir el ejercicio de un derecho (art. 7 CC).

(...) De mantenerse el criterio de instancia Deutsche Bank obtendría un enriquecimiento injusto ya que después de haber cobrado lo adeudado podría, sin justa causa, obtener otras cantidades que no le corresponderían y que buscarían su amparo en una interpretación formalista de la citada norma que, ya ha quedado dicho, olvidaría el hecho de que el acreedor sí que ve satisfecho su crédito con el producto de la subasta que, en el caso concreto, es el derivado de ingresar, en su patrimonio, un bien valorado por las partes en una suma superior a la adeudada. Es este hecho el que impide sostener que en el caso enjuiciado la reclamación se basa en un precepto legal (art. 579 LEC) que excluye la aplicación de la doctrina jurisprudencial».

Son los mismos argumentos del auto de 10 de enero de 2012 del Juzgado de 1.ª Instancia de Torrejón de Ardoz, que paraliza el procedimiento de ejecución hipotecaria contra el deudor ejecutado y contra los fiadores del crédito, e insiste en el contexto de crisis económica y la cuota de responsabilidad que, de la misma, correspondería a las entidades de crédito: *«(...) el contexto de crisis económica excepcional que rodea el caso y que hace que la postura del ejecutante devenga abusiva y pueda dar lugar a un enriquecimiento injusto de aquel, tal y como aduce el recurrente. Para llegar a esta conclusión es necesario poner de manifiesto dicho contexto como pauta interpretativa que ha de guiar la aplicación sistemática de las normas (art. 3.1 CC)».*

«La aplicación automática de la regulación de la ejecución hipotecaria desconociendo esta situación actual de crisis económica excepcional conllevaría dejar exento de responsabilidad a uno de los partícipes, como entidad financiera, en la causación de dicha situación, al haber valorado el bien objeto de garantía especulativamente o de manera irreal, y le permitiría además adquirir el citado bien por un precio irrisorio y continuar adelante con la ejecución contra los bienes personales del deudor exigiendo una cantidad dineraria que rozaría incluso el importe del préstamo concedido. De permitir esto se estaría amparando una operación, si bien más sofisticada y perjudicial para el sistema económico global como se ha demostrado, que no difiere mucho de la usura, proscrita por nuestro ordenamiento desde la Ley Azcárate de 23 de julio de 1908 (arts. 1 y 9)».

Las resoluciones apuntadas son extraordinarias al sistema, y de hecho, generaron cierta alarma y confusión entre los propios jueces y otros operadores jurídicos.

El mismo *auto de la Audiencia Provincial de Gerona de 16 de septiembre*, incorpora un voto particular en el que uno de los magistrados manifiesta que no puede haber enriquecimiento injusto, ni abuso de derecho, en el que obra de acuerdo con la ley que permite al acreedor reclamar al deudor el importe que resta del crédito, cuando la ejecución no le ha procurado cantidad suficiente. Recuerda el Magistrado, a este respecto, la doctrina del Tribunal Supremo que limita la posibilidad de la dación en pago a si se ha pactado conforme al artículo 140 de la Ley Hipotecaria. Lo que se refleja, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2008, en la que se afirma: «*No actúa el acreedor con manifiesto abuso de derecho si exige al deudor el importe que resta del crédito por el que ejecutó, cuando en el proceso de ejecución no ha conseguido la cantidad suficiente para la satisfacción total de aquel. Ello solo puede suceder si se ha pactado al amparo del artículo 140 de la Ley Hipotecaria la hipoteca de responsabilidad limitada, que es una excepción a lo que dispone el artículo 105 de la misma Ley y que concreta la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor; al importe de los bienes hipotecados, no pudiendo alcanzar a los demás bienes del deudor. El pacto permitido por el artículo 140 de la Ley Hipotecaria no se concertó en la escritura de préstamos hipotecarios convenida entre demandante y demandados, por lo que en tal supuesto, la hipoteca, según el artículo 105 de la misma Ley, no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil, o sea, que se pueden perseguir otros bienes distintos de los hipotecados hasta la entera satisfacción del crédito*».

Ciertamente, no hay norma en nuestro ordenamiento que respalde una dación en pago no voluntaria para el acreedor. La voluntad del acreedor es condición tanto para aplicar el artículo 140 LH, como el artículo 3 del *Código de Buenas Prácticas*, que figura como anexo al RD 6/2012, de 9 de marzo, ya que es de adhesión voluntaria por parte de las entidades de crédito. Y es Jurisprudencia consolidada, la que desestima las alegaciones del deudor que pretende que la ejecución no continúe sobre su patrimonio, cuando la adjudicación del bien hipotecado no ha sido suficiente hasta saldar por completo la deuda.

Tras la *Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, la situación no ha cambiado, pero no hay que descartar que otros jueces paralicen las ejecuciones sobre el patrimonio del deudor, una vez adjudicado el bien al acreedor; justificando esa decisión, no ya en una norma que la respalde, pero sí, en principios de justicia contractual y de Derecho Comunitario.

Ni la Iniciativa Legislativa Popular, ni nuestros jueces, han conseguido que el legislador incorpore a una norma la dación en pago forzosa para el acree-

dor, ni siquiera en determinados casos. Sin embargo, estos últimos, los únicos responsables de que se refleje en la *Ley 1/2013, de 14 de mayo*, la necesaria incorporación del control judicial sobre el equilibrio contractual al procedimiento hipotecario, a pesar de su carácter sumario. Y admitido este control judicial del equilibrio contractual en la ejecución hipotecaria, no habría que descartar que pudiera acordarse puntualmente la dación en pago²².

Es lo que parece defender el *auto de la Audiencia Provincial de Gerona de 16 de septiembre de 2011*: «Se olvida a veces que en la interpretación y aplicación de las leyes los tribunales deben buscar aquella respuesta que, sin contravenirlas, sea más acorde con una decisión justa, que es lo que, en última instancia, la ciudadanía espera de un “tribunal de justicia”. Aquí existen normas y doctrinas jurisprudenciales ya citadas que no solo permiten acoger la pretensión de la parte recurrente sino que llevan a una aplicación integrada de los preceptos del ordenamiento jurídico que posibilitan tanto que un acreedor vea resarcido su crédito como que un deudor no deba pagar, sin causa justificada, mayor suma que la por él debida».

IV. LA MODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 93/13/CEE DEL CONSEJO, DE 5 DE ABRIL DE 1993. LA NECESARIA INCORPORACIÓN DEL CONTROL JUDICIAL DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL AL PROCEDIMIENTO

Ya ha quedado anotado que en el origen de la nueva *Ley 1/2013, de 14 de mayo*, que incorpora el control judicial de las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria, está la cuestión prejudicial planteada al Tribunal Superior de Justicia Europeo por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, a raíz del caso de un cliente de *Catalunya Caixa*, que se había adjudicado la vivienda del denunciante por la mitad de su valor.

La abogada general del Tribunal de la UE, Juliane Kokott, informó de que con la normativa española en ejecución hipotecaria se producía indefensión de los consumidores ante la aplicación de «cláusulas abusivas» en los préstamos hipotecarios, y finalmente por la *sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013*, el procedimiento de ejecución hipotecaria tendría que modificarse al amparo de la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993*.

De acuerdo a ello, y según ha quedado expuesto, la *Ley 1/2013, de 14 de mayo*, contempla la modificación del procedimiento ejecutivo para que el juez pueda paralizar una ejecución, de oficio a instancia de parte, cuando observe la presencia en el contrato de cláusulas abusivas. También puede ordenar su continuación, pero sin aplicación de la cláusula abusiva de que se trate. Así mismo,

en la venta extrajudicial, el notario puede advertir a las partes si existe alguna cláusula que pueda ser considerada abusiva. En todo caso, puede ser suspendida esta venta cuando se acredite que, conforme al artículo 129 LH, se ha solicitado al órgano judicial competente que dicte resolución decretando su improcedencia.

Mientras el Tribunal de Justicia de la UE se pronunciaba, dado el carácter vinculante de este pronunciamiento, un número importante de juzgados en toda España comenzaron a suspender los procedimientos y a paralizar los desalojos. En este momento se justifican también las paralizaciones por petición de justicia gratuita y para instar a las partes a una negociación. Pero al mismo tiempo, desde algunas instancias, se insistía en que el juez que interviene en una ejecución hipotecaria está vinculado por la ley. Así, el 20 de noviembre de 2012, la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña adoptó, fuera del orden del día, un acuerdo sobre los procesos hipotecarios recordando a los jueces que: *«Pese a la situación de angustia y desesperanza en la que se encuentran muchas familias de nuestro país, la Sala de Gobierno quiere poner de relieve que los jueces y tribunales carecen de competencia legislativa, y por tanto de poder para dejar de aplicar las normas vigentes»*. El acuerdo admite los «esfuerzos interpretativos» de los jueces a favor de los más desprotegidos, pero siempre *«sin desplazar la ley»*, *«porque ello supondría convertir a los jueces en legisladores, lo que está vedado por la Constitución»*²³.

No obstante, con la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, quedó claro que los jueces tienen la obligación de controlar de oficio las cláusulas abusivas, también en los contratos con garantía hipotecaria; y los notarios y registradores deben procurar también ese control; pues, ni el procedimiento de ejecución hipotecaria, ni el procedimiento extrajudicial de venta del inmueble, pueden provocar la desprotección del consumidor²⁴.

Desde esta sentencia, y centrándonos en el control judicial de oficio de las cláusulas abusivas, es claro que, en nuestro procedimiento hipotecario, el juez ya no puede limitarse a realizar un análisis formal del título ejecutivo, sino que tiene la función de proteger al consumidor y sus intereses; y por ello, vigilar el equilibrio contractual en la contratación²⁵.

El artículo 82 del RD legislativo 1/2007 de 16 de noviembre considera cláusulas abusivas a las que causan un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones derivados del contrato en perjuicio del consumidor. También la *Directiva 93/13/CEE* afirma en el artículo 3.1: *«Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se consideraran abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato»*. Así pues, si de lo que se trata es de garantizar el equilibrio contractual y la defensa del deudor consumidor, el control judicial debe extenderse a todas las fases del contrato: desde la información pre-contractual, a la contratación y a sus efectos²⁶.

Pero aún más, dada la naturaleza comunitaria, y por tanto la supremacía, del principio *proconsumatore* y del equilibrio contractual, es razonable plantearse si el juez nacional debe intervenir también, de algún modo, como juez comunitario, cuando el desequilibrio contractual viene determinado, no ya por una cláusula contractual, sino por una norma interna²⁷.

Como defiende ALAMO GONZALEZ, si lo que consagra la *Directiva 93/13/CEE* del Consejo es un principio comunitario de equilibrio contractual, entonces debe preservarse, no solo frente a las cláusulas *interpartes*, también frente a las normas nacionales que lo infrinjan (incluso frente a las normas comunitarias). Ante una norma que comprometa el equilibrio contractual, el juez nacional debería corregirla, vía interpretación, vía desplazamiento de esa norma ante el Derecho Comunitario, pues si cada juez nacional lo es también comunitario, el principio *iura novit curia* se extiende al control judicial de la adecuación entre el Derecho Nacional y el Derecho Comunitario²⁸.

El juez nacional que interviene en las ejecuciones hipotecarias tendría así, la función de eliminar obstáculos procesales restrictivos de la protección del consumidor y podría, por ejemplo, suspender la ejecución hipotecaria con posterioridad a la adjudicación del inmueble hasta el momento de la resolución del proceso declarativo interpuesto por el ejecutado, y mantener la anotación preventiva de la demanda de este proceso declarativo, sin cancelación de la misma por la purga de la hipoteca.

Podría incluso ordenar la dación en pago con el argumento de que la norma nacional de la adjudicación, por un valor inferior al de la contratación, genera un desequilibrio contractual; sin necesidad de acudir a la mala fe de la entidad de crédito que quiere continuar la ejecución, a una actuación en contra de sus propios actos o al enriquecimiento injusto que obtiene²⁹.

En todo caso, es claro que el juez nacional, como juez comunitario, puede paralizar la ejecución para plantear cuestión prejudicial al Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (art. 43 LEC), aunque esta también podría plantearse en el curso de la ejecución ordinaria posterior a la adjudicación del bien inmueble³⁰.

V. EL CONTROL JUDICIAL SOBRE EL EQUILIBRIO CONTRACTUAL, INICIAL Y FUNCIONAL. FUNDAMENTO E INSTRUMENTOS EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

Expuesto todo lo anterior resulta que, al margen de las concretas disposiciones del legislador para aliviar la situación del deudor hipotecario sobreendeudado, y admitido que la nueva ley reconoce el control judicial de la justicia contractual en la ejecución hipotecaria, es cuestión central analizar con qué facultades cuenta el juez en este marco, para adaptar los términos de un contrato,

declararlo ineficaz, o integrarlo incluso, si ello se hace necesario en atención a la justicia contractual, por las circunstancias que han concurrido en su contratación o por las que han sobrevenido en su cumplimiento.

Ya el Derecho romano concedió al juez la facultad de juzgar *ex aequo et bono*, en las acciones *ex bona fide*, para moderar el *rigor iuris*; y a lo largo de los siglos, instituciones seculares reflejan la necesaria búsqueda del equilibrio en las prestaciones de las partes, —la justicia contractual—, como ineludible tarea del juez, que debe resolver en atención a la buena fe y la equidad³¹.

En la actualidad, todos los ordenamientos europeos arbitran instrumentos para garantizar el equilibrio de las partes en el momento de la contratación y en el de cumplimiento del contrato. Entre estos instrumentos tiene un lugar destacado la aplicación de la cláusula «*rebus sic stantibus*», que permite una revisión de lo inicialmente pactado y de los términos de cumplimiento del contrato, por producirse circunstancias muy onerosas o que generan gran desequilibrio respecto de las condiciones iniciales.

La centralidad que el equilibrio contractual alcanza en el actual Derecho de contratos, también en España, queda de manifiesto cuando ya se han producido iniciativas para incorporar expresamente la cláusula *rebus sic stantibus* al Código Civil, con la revisión y la resolución contractual en caso de alteración extraordinaria de las circunstancias³².

El hecho es que el mantenimiento del equilibrio contractual requiere no solo el control de lo que se pacta, también de cómo se cumple lo pactado, porque como afirma CHAMIE, si en la fase de formación del contrato la justicia contractual exige que no haya debilidad en una de las partes al contratar, por estado de necesidad, inexperiencia, falta de información..., es decir, exige «equilibrio inicial»; en la fase de ejecución del contrato, la justicia contractual requiere el «equilibrio funcional», que puede romperse cuando se producen circunstancias no previstas y no imputables a las partes³³.

El control exclusivo de lo que se pacta, de las cláusulas incorporadas al contrato, en suma, no es suficiente para garantizar el equilibrio y la justicia contractual, sino que requiere la valoración del equilibrio originario y del equilibrio funcional. Ambos controles se complementan de un modo lógico.

Muchos de los instrumentos que permiten mantener el equilibrio inicial y funcional de las partes en el contrato, encuentran fundamento en nuestro ordenamiento, en un principio de *reductio ad aequitatem*, por *laesio ab initio* o *laesio superveniens*, que permite al juez resolver, apartándose de lo pactado por las partes, en atención a una falta de equidad en las estipulaciones (desequilibrio originario) o una falta de equilibrio en las condiciones de su cumplimiento (desequilibrio funcional).

Se trata este, de un principio de moderación, adaptación, incluso integración, de los contratos, que actúa, bien porque en el momento genético de las obligaciones de las partes, una de ellas ha experimentado desigualdad, necesidad,

peligro, apremio económico, dependencia, ignorancia o inexperiencia; un estado de debilidad que ha aprovechado la otra parte y está en el origen del desequilibrio de prestaciones; bien, porque la modificación de las circunstancias originarias, por causas no imputables al perjudicado, provocan la falta de equilibrio de la prestaciones en el momento del cumplimiento.

Encuentra CHAMIE este principio en la elaboración dogmática del sistema jurídico romanista, expresamente aplicado en el medioevo, en el que se consolida la doctrina sobre la necesidad de moderar los contratos de duración afectados por un desequilibrio; aunque entra en crisis en el siglo XIX, con el triunfo del dogma de la autonomía de la voluntad incorporado a los Códigos decimonónicos (el mismo dogma que sostiene nuestra ejecución hipotecaria). Pero el siglo XX termina por cuestionar ese dogma, y la justicia contractual vuelve a ser fundamento de la obligatoriedad de los contratos, junto con las exigencias de la buena fe, la equidad, la colaboración y la solidaridad *interpartes*.

El Derecho contractual uniforme, —los principios Unidroit 2010, los PECL (Principios de Derecho Europeo de Contratos)³⁴; El DCFR, (Proyecto de Marco Común de Referencia) y la Propuesta CESL (Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de Compraventa europea, de 2011)—, ha venido a consagrar también la imprescindible intervención judicial, ya sea sobre la formación del contrato, como sobre los términos de su ejecución, en aras de la justicia contractual³⁵:

Los Principios UNIDROIT 2010, por lo que respecta al equilibrio inicial u originario, —en el capítulo 3, relativo a la validez del contrato, en su sección 2 sobre causas de anulación—, regulan la «excesiva desproporción» entre las prestaciones o «*gross disparity*» (art. 3.2.7) junto con los vicios del consentimiento en el contrato (error, dolo, intimidación) (art. 3.1.4). Y el artículo 3.2.7 concede a la parte perjudicada una acción de anulabilidad del contrato o de alguna de sus cláusulas, si lo contratado otorga a la otra parte una ventaja excesiva, porque se haya aprovechado del estado de debilidad de la otra o en atención a la naturaleza y finalidad del contrato. Este artículo, en sus párrafos segundo y tercero, permite que, a instancia de parte, el juez pueda *adaptar* el contrato o alguna de sus cláusulas, según los criterios comerciales razonables de lealtad negocial. El artículo 5.1.7, referido a la determinación del precio, en su apartado 2 establece, incluso, que cuando dicha determinación quede a cargo de una parte y la cantidad así determinada sea manifiestamente irrazonable, el precio *será sustituido* por uno razonable.

Por lo que respecta al equilibrio funcional, los Principios UNIDROIT 2010 incluyen en el Capítulo 6, la sección 2, titulada «excesiva onerosidad» (*Hardship*). Y en ella, el artículo 6.2.1, declara la «excesiva onerosidad» como excepción al principio de obligatoriedad del contrato, principio que rige, no obstante, aun cuando el cumplimiento para una de las partes llegue a ser más oneroso.

El segundo párrafo de este artículo 6.2. define la excesiva onerosidad como la situación en que el equilibrio del contrato es alterado de modo sustancial (incremento del costo de la prestación a realizar o disminución de la que se recibe), debido a circunstancias que se producen o son conocidas por el afectado posteriormente a la celebración del contrato, de modo que en ese momento no pudo asumir el riesgo de que se produjera. Los ejemplos que acompañan al comentario oficial contemplan casos, tanto de frustración, como de excesiva onerosidad. En todos ellos, dice el párrafo 3 del artículo 6.2, que, después de que hayan fracasado las negociaciones iniciadas por la parte perjudicada para renegociar el contrato, el juez podrá, a instancia de parte, resolver o *adaptar* el contrato.

Los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), en cuanto al equilibrio originario del contrato, contemplan, como causa de invalidez, el «excesivo beneficio o ventaja injusta», —*excessive benefit or unfair advantage* (art. 4:109)—, y otorgan al perjudicado, por esa razón, una acción de anulabilidad; aunque también se admite que cualquiera de las partes puedan solicitar su *adaptación*.

El artículo 4:110, regula las «cláusulas abusivas no negociadas individualmente» que causan un importante desequilibrio en los derechos y obligaciones recíprocas, en perjuicio de una parte y en contra del principio de buena fe. Y, como los Principios UNIDROIT 2010, los PECL contemplan la posible *sustitución* de un precio extraordinario y determinado por una de las partes, sin que quepa estipulación en contra (art. 6:105).

En cuanto al equilibrio funcional, el artículo 6:111 de los PECL expresa la obligatoriedad del contrato, aun cuando la prestación haya llegado a ser más onerosa para una de las partes, pero dispone la obligación de ambas de negociar una *adaptación*. Pero en caso de no haber llegado un acuerdo previo en un plazo razonable, cuando el cumplimiento del contrato resulte excesivamente gravoso debido a un cambio de circunstancias sobrevenidas que no hubieran podido preverse y a la parte afectada no deba atribuírsele dicho riesgo, se permite al juez *adaptar* o poner fin al contrato, de modo que las pérdidas y ganancias derivadas del cambio de circunstancias, puedan ser repartidas entre las partes de forma equitativa y justa³⁶.

También el Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR) establece instrumentos de control del equilibrio contractual, tanto en la formación del contrato como en el momento de su cumplimiento³⁷. Así, regula la invalidez por aprovechamiento o explotación injusta en perjuicio de una parte, «*unfair exploitation*» (II.- 7:207). Lo que determina que cualquiera de las partes pueda solicitar al juez la adaptación del contrato de acuerdo con la buena fe y la equidad. Y se contemplan también los «términos no negociados individualmente» (II.- 9:103 y II.- 9: 403). Pero admite, igualmente, una posible *adaptación* o ineficacia sobrevenida del contrato, dispuestas por el juez, por un cambio de circunstancias (III.- 1:110).

Finalmente, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de Compraventa europea, de 11 de octubre de 2011 (Propuesta CESL³⁸) considera tanto la *laesio ab initio* como la *laesio superveniens*, y entre los vicios del consentimiento regula un derecho de anulación y de indemnización al perjudicado por «explotación injusta» (art. 51), aunque no autoriza en estos casos al juez para adaptar el contrato de acuerdo a la buena fe, como en los instrumentos anteriores.

En el artículo 7 contempla las cláusulas no negociadas individualmente: en el 74 los casos de determinación unilateral del precio y en el Capítulo 8, las «cláusulas contractuales abusivas»³⁹. Pero también, en los artículos 88 y 89 se dispone la exoneración del incumplimiento por «incapacidad de cumplimiento» debida al «cambio de circunstancias».

De todo lo expuesto se concluye claramente que en los sistemas de contratación europeos del siglo XXI la seguridad jurídica contractual no puede basarse en la intangibilidad de lo pactado, sino en el cumplimiento de la función económico-social del contrato (su causa), por lo que deben, todos ellos, arbitrar instrumentos efectivos que garanticen el equilibrio de las partes en el momento de la contratación y en el de cumplimiento del contrato, atendiendo a la buena fe y a la equidad⁴⁰. Y ello es, desde luego, ineludible cuando una de las partes es consumidor, y es obligado defenderlo para los Derechos nacionales de los países miembros de la Unión Europea⁴¹.

De este planteamiento no puede escapar nuestro el sistema de contratación y garantía hipotecarias: el cumplimiento de su función económico-social reclama el control judicial del equilibrio contractual en el momento de la contratación, pero también en el momento del cumplimiento. De modo que es preciso considerar, no solo la concurrencia de condiciones abusivas a la hora de contratar, también la concurrencia de circunstancias sobrevenidas que afecten a la relación causal que garantiza la hipoteca y la oportunidad de aplicar, o no, determinadas normas, en atención a la buena fe y a la prohibición del abuso del derecho.

Esta perspectiva, —la de la justicia contractual en Derecho del consumo—, es imprescindible para valorar, aplicar e *integrar* las nuevas medidas de protección del deudor hipotecario y las que puedan adoptarse en el futuro; y desde esta perspectiva se advierte, entonces, que esas medidas de protección no deberían convertirse, como un efecto perverso, en un límite a la función y la potestad del juez para reequilibrar la justicia contractual en los préstamos hipotecarios.

La naturaleza deliberadamente privilegiada del procedimiento hipotecario, por ser clave para el funcionamiento del tráfico inmobiliario, no puede impedir el control judicial que aplique los principios nacionales y comunitarios de protección del consumidor y justicia contractual. Seguramente es necesario, al sistema de contratación y garantía hipotecarias que dicho procedimiento sea sumario, sin contradicción y se ordene al fin último de realización del bien dado en ga-

rantía. Pero el sistema, y con él el procedimiento de ejecución hipotecaria, debe incorporar esos principios, fundamento del orden económico europeo actual.

Desde esta perspectiva se justifica la estricta exigencia de la forma cuando viene a proteger al consumidor, y la consecuente paralización de los procedimientos de ejecución hipotecaria, de acuerdo al artículo 149 LH, por no haber formalizado la cesión del crédito hipotecario, con escritura pública e inscripción, cuando el crédito fue concedido por entidades que luego se han integrado en otras⁴².

Pero igualmente podría discutirse la validez de la norma que fija la valoración del inmueble en un 50, 60 o 70% respecto del valor que las partes le asignaron inicialmente. Norma que, por cierto, se ha cuestionado en varias ocasiones, incluso por nuestro Tribunal Supremo; pues el sobreprecio ficticio de las inmuebles, plasmado en los contratos con la creencia de que continuaría aumentando el valor de los mismos indefinidamente, ha sido consentido por los acreedores hipotecarios en un fomento irresponsable del consumo, concediendo créditos sin analizar la solvencia de los deudores. Y si la responsabilidad de ese sobreprecio inicial es mayor en el ente financiero, no se explica porqué en la ejecución la pérdida del valor deba de imputarse por completo al deudor consumidor⁴³.

VI. LA BUENA FE Y LA EQUIDAD EN EL CONTROL DE LA JUSTICIA CONTRACTUAL HIPOTECARIA.

Ciertamente, como el principio de *reductio ad aequitatem*, la interpretación y aplicación de los instrumentos que buscan el equilibrio contractual, originario o funcional, debe hacerse atendiendo a la buena fe y a la equidad en el caso concreto.

Sobre la equidad y la buena fe se sostienen, también, los deberes contractuales de información, transparencia, seguridad, lealtad, cooperación, o renegociación, que conforman el contenido obligatorio del contrato y tienden a preservar el equilibrio contractual en la contratación de Consumo.

La aplicación de la buena fe y la equidad, permite declarar abusiva una cláusula según en que circunstancias se haya incorporado, —o injusta la aplicación de una norma—, y distribuir entre las partes el riesgo de las circunstancias sobrevenidas que puedan determinar el incumplimiento del contrato.

En suma, la equidad y la buena fe permiten diferenciar en qué casos y cómo debe ser protegido el deudor. Y para su valoración resulta imprescindible la intervención judicial⁴⁴:

Será entonces el juez quien deba decidir si hubo mala fe en la entidad financiera cuando se haya producido una irregular valoración del inmueble realizada por los tasadores, normalmente, designados por la entidad de crédito.

También cuando la entidad de crédito no formule requerimiento al deudor ante el desmerecimiento del bien inmueble en mas de un 20% (art. 9 RD 716/2009)⁴⁵. O cuando se niega a negociar otras vías de satisfacción del crédito y reclama ciegamente la subasta. Finalmente, podría estimar el juez la mala fe de la entidad acreedora que, en la ejecución posterior a la adjudicación en subasta del bien por un valor, ha conseguido negociarlo a un precio más alto. En este sentido se manifestó el Tribunal Supremo en *sentencia de 14 de mayo de 2002*⁴⁶.

También decidirá el juez si el deudor fue irresponsable en su endeudamiento, si es que el deudor, en realidad, no quiere conservar el inmueble, o si su situación, en suma, se debe, no tanto a la falta de capacidad de pagar, como a la voluntad de no pagar o de desvincularse cómodamente del contrato de préstamo o crédito hipotecarios.

CONCLUSIONES

I. Las medidas para la protección de los deudores hipotecarios, que se inician con el *Pacto de Zurbano* en 2010, eran fundamentalmente de índole social, coyunturales y no abordaban los problemas derivados de un sistema de contratación y ejecución hipotecarias demasiado favorable al acreedor.

II. La situación económica ha convertido en urgente una necesidad, ya manifestada anteriormente, de reforma profunda de la Ley Hipotecaria: la de incorporar la intervención propia del Derecho del consumo en el sistema de contratación y ejecución hipotecarias: la limitación legal del contenido del contrato y el control judicial de las condiciones de la contratación y de la ejecución de la garantía hipotecaria,.

III. La última *Ley 1/2013, de 14 de mayo*, da entrada al control judicial sobre el equilibrio contractual en el procedimiento hipotecario. Pero solo reconoce el control del equilibrio inicial y sobre las cláusulas *interpartes*. No permite al juez, al menos expresamente, controlar el equilibrio «funcional» y valorar sobre la conveniencia de la aplicación de una norma, atendidas las circunstancias sobrevenidas no imputables a las partes.

IV. Sin embargo, tanto el Derecho comunitario sobre consumidores, como el Derecho contractual uniforme, han venido a consagrar imprescindible la intervención judicial para desarrollar un control del equilibrio contractual, ya sea sobre la formación del contrato o sobre los términos de su ejecución; procurando instrumentos para reequilibrar el contrato cuando el equilibrio se ha perdido en la contratación o por circunstancias sobrevenidas.

V. La interpretación y aplicación de los instrumentos que buscan el equilibrio contractual, originario o funcional, también en la ejecución hipotecaria, debe hacerse en todo caso atendiendo a la buena fe y a la equidad. La buena fe y la equidad permiten declarar abusiva una cláusula según en qué circunstancias se

haya incorporado, —o injusta la aplicación de una norma—, y distribuir entre las partes el riesgo de las circunstancias sobrevenidas que puedan determinar el incumplimiento del contrato. La equidad y la buena fe permiten diferenciar, en suma, en qué casos y cómo debe ser protegido el deudor hipotecario. Y para su valoración, resulta imprescindible la intervención judicial.

VI. Esta perspectiva, —la de la justicia contractual en Derecho del consumo—, resulta imprescindible para valorar, aplicar e integrar las nuevas medidas de protección del deudor hipotecario y las que puedan adoptarse en el futuro; y desde esta perspectiva se concluye también, que estas medidas de protección no deberían convertirse, como un efecto perverso, en un límite a la función y la potestad irrenunciables del juez para reequilibrar la justicia contractual en los préstamos y créditos hipotecarios.

RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 14 de mayo de 2002.
- STJ de la Unión Europea de 4 de junio de 2009.
- SJPI núm. 2 de Estella de 13 de noviembre de 2009.
- STS de 1 de julio de 2010.
- Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010.
- Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 5 de julio de 2011.
- Auto del Tribunal Constitucional 113 /2011, de 19 de julio de 2011.
- Auto de la Audiencia Provincial de Gerona de 16 de septiembre de 2011.
- Auto del Juzgado de 1^a Instancia de Torrejón de Ardoz de 10 de enero de 2012.
- Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 4 de mayo de 2012.
- STJ de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- AGUILAR RUIZ, L., (2001): *La protección legal del consumidor de crédito*. Valencia Tirant lo Blanch.
- ÁLAMO GONZÁLEZ D. P. (2012): *La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias*. El control judicial del equilibrio contractual. Valencia, Tirant lo Blanch.
- ALFARO AGUILA-REAL, J. (2003): «La unificación del Derecho Privado en la Unión Europea. Perspectiva, en *Derecho privado europeo*», coord. por Sergio CÁMARA LAPUENTE, Editorial *Constitución y Leyes*, COLEX, págs. 107-128.
- ALFARO AGUILA-REAL, J. (1994): «Protección de los consumidores y derecho de los contratos», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 47, núm. 2, 1994, págs. 305-324.

- ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2012): «La ejecución hipotecaria extrajudicial: problemas prácticos y propuestas de reforma», en *La venta extrajudicial del bien hipotecado*. Jornada celebrada en Almería el 9 de marzo de 2012. Granada, Comares, págs. 73 a 101.
- BALLUGERA GÓMEZ, C. (2010): «Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo hipotecario en la STS de 16 de diciembre de 2009». Diario *La Ley*, núm. 7507, sección Doctrina, 11 de noviembre de 2010, Año XXXI.
- BELINCHÓN ROMO, M. R., (2012): *La dación en pago en el Derecho español y en el Derecho Comparado*, Madrid, Dykinson.
- BENÍTEZ CAORSI, J. J. (2013): *Solidaridad contractual. Noción posmoderna del contrato*. Ed. Reus, 1ª ed., 2013.
- CARO GANDARA, R. (2013): «En la secular búsqueda europea de un paradigma de justicia contractual: el enfoque de justicia relacional». En *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*. Ed. Sánchez Lorenzo, S., 2.ª ed., Madrid, Civitas, 2013, págs. 11-67.
- CARRASCO PERERA, A., (2013): «La ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria y la articulación procesal del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria». *Centro de Estudios de Consumo*. Universidad de Castilla-La Mancha. <http://www.uclm.es/centro/cesco/>
- CHAMIE, J. F. (2012): «El principio general de *reductio ad aequitatem* por desequilibrio contractual» *Revista de Derecho Privado*, Colombia, núm. 22, enero-junio, 2012, págs. 219 a 275.
- DELGADO RAMOS, J. (2012): «El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. Dudas sobre su validez y efectos» en *La venta extrajudicial del bien hipotecado*. Jornada celebrada en Almería el 9 de marzo de 2012. Granada, Comares, págs. 103 a 121.
- DIEGUEZ OLIVA R., (2009): «La eurohipoteca: luces y sombras de la pretendida unificación en materia hipotecaria», en *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, Berkeley Program in Law and Economics, UC Berkeley 06-04-2009 Permalink: <http://escholarship.org/uc/item/2s48r5vn>
- EBERS, M. (2012): «El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional», *InDret*, 1/2012.
- FÍNEZ, J. M., (1995): «La dación en pago», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 48, núm. 4, págs. 1467-1528.
- GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2013): «Los consumidores demandados en procesos ejecutivos ordinarios y de ejecución hipotecaria tienen de plazo hasta el próximo 16 de junio para oponerse alegando la existencia de cláusulas contractuales abusivas». *Centro de Estudios de Consumo*. Universidad de Castilla-La Mancha <http://www.uclm.es/centro/cesco/>
- GÓMEZ POMAR F. y GIL SALDAÑA, M. (2012): «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos», en *InDret*, 1/2012.
- GONZALEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. (2012): «Sobre la legitimidad del procedimiento notarial de ejecución hipotecaria» en *La venta extrajudicial del bien hipotecado*. Jornada celebrada en Almería el 9 de marzo de 2012. Granada, Comares, págs. 33 a 72.

- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2013): «Sentencia de 14 de junio de 2012. Efectos de la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas». [Abusa, que algo (ya) no queda] *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, ISSN 0212-6206, núm. 91, págs. 339-356.
- (2010): «Sentencia de 16 de diciembre de 2009: Cláusulas abusivas en contratos bancarios». Protección de consumidores y usuarios. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, ISSN 0212-6206, núm. 84, págs. 1645-1728.
- (2004): «Valoración del inmueble en la ejecución hipotecaria». En *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coord., por José Manuel GONZÁLEZ PORRAS, Fernando P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, vol. 1, págs. 2149-2168.
- (2009): «Los principios Lando». en *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, coord. por Esteve BOSCH CAPDEVILA, Barcelona, Bosch, págs. 151-182.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. (2012): «Consecuencias legislativas del Auto de 17 de diciembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Navarra. El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, págs. 2387-2425.
- MARTÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1995): «Consideraciones sobre la dación en pago», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 575.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (2011): «La Audiencia Provincial de Navarra se decanta por la moralidad antes que por la legalidad en la ejecución de hipotecas», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 815.
- MUÑOZ ESPADA, E. (2008): «Un modelo para una eurohipoteca. desde el informe Segre hasta hoy». En *Cuadernos de Derecho Registral*. Madrid. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- NÚÑEZ IGLESIAS, Á. (2012): «Alternativa a la ejecución hipotecaria judicial» en *La venta extrajudicial del bien hipotecado*. Jornada celebrada en Almería el 9 de marzo de 2012. Ed. Alvaro NÚÑEZ IGLESIAS, Granada. Comares, págs. 1 a 32.
- PASQUAU LIAÑO, M. (2009): «Comentario al artículo 1258 en Jurisprudencia civil comentada». 3 tomos, ed. por PASQUAU LIAÑO, coord. por K. J. ALBIEZ, A. LÓPEZ FRIAS, Comares, Granada, tomo II, págs. 2286-2296.
- PÉREZ BENÍTEZ, J. J. (2010): «El control judicial de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas. Tutela procesal de los intereses de grupo». *I Foro de encuentro de jueces y profesores de Derecho Mercantil*, coord. por José Ramón SALELLES CLIMENT, María Jesús GUERRERO LEBRÓN, Rafael FUENTES DEVESA, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 161-218.
- PÉREZ GARCÍA, M. J. (2007): «El valor de los bienes en la ejecución». *Cuadernos de Derecho Registral*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid 2007.
- PÉREZ LÓPEZ, X. (2009): «Hacia la armonización de las normas europeas en materia contractual: un punto de vista romanístico». *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13.
- RUÍZ-JARABO y COLOMER, D (1993): «El juez nacional como juez comunitario: Valoración de la práctica española» en *Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, coord. por Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS, Diego J. LIÑÁN NOGUERAS, 1993, págs. 653-676.

- SALVADOR CODERCH, P. (2009): «Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y contratos», en *InDret*, 4/2009, págs. 17 y sigs.
- SAN MIGUEL PRADERA, L. P. (2003): «La excesiva onerosidad: una propuesta de regulación europea», en S. SPIAU y A. VAQUER (Ed.), *Bases de un Derecho contractual europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 371 y sigs.
- VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, A., y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P. (Coord) (2012): «Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del marco común de referencia», Barcelona, Atelier, 2012.

NOTAS

¹ Sobre la naturaleza de las ejecuciones hipotecarias como tutela judicial privilegiada o privilegio procesal concedido por el legislador a los grandes acreedores, y la necesidad de reconducirlos por vías procesales compatibles con la tutela judicial efectiva de todas las partes y, especialmente, de los ejecutados *vid.*, MONTERO AROCA, J., (2009), *Tratado de ejecuciones hipotecarias*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch. Sobre la configuración *procreditoris* de la oposición a la ejecución hipotecaria: LAFUENTE TORRALBA, A. J., (2006), *La oposición a la ejecución*, ed. Civitas y MARTÍN PASTOR J. (2007), *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos* ed. La Ley.

² ALONSO SÁNCHEZ B. (1999); *Las adjudicaciones procesales de bienes en los procedimientos de ejecución*. Edersa, y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2004): «Valoración del inmueble en la ejecución hipotecaria», en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo GARCÍA*, coord. por José Manuel GONZÁLEZ PORRAS, Fernando P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, vol. 1, 2004, págs. 2149-2168. Ed. Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

³ Aunque se centren sobre la ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, por su objetivo de reducir los desequilibrios contractuales sufridos por el consumidor, resultan de interés al respecto, las reflexiones de AGUILAR RUIZ, L., (2001), en *La protección legal del consumidor de crédito*. Valencia, Tirant lo Blanch.

⁴ Sobre la intervención de la Unión Europea en el mercado hipotecario y el acceso al mismo de los consumidores en condiciones de igualdad *vid.*: DIEGUEZ OLIVA R., (2009), La eurohipoteca: luces y sombras de la pretendida unificación en materia hipotecaria en *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, Berkeley Program in Law and Economics, UC Berkeley 06-04-2009 Permalink: <http://escholarship.org/uc/item/2s48r5vn>. También MUÑOZ ESPADA, E. (2008) «Un modelo para una eurohipoteca. desde el informe Segre hasta hoy». En *Cuadernos de Derecho Registral*. Madrid. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

⁵ Dice, al respecto, su artículo 1^º: «En el caso de que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado, en la ejecución forzosa posterior basada en la misma deuda, la cantidad inembargable establecida en el artículo 607.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se incrementará en un 50 por ciento y además en otro 30 por ciento del salario mínimo interprofesional por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al salario mínimo interprofesional. A estos efectos, se entiende por núcleo familiar, el cónyuge o pareja de hecho, los ascendientes y descendientes de primer grado que convivan con el ejecutado. Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional y, en su caso, a las cuantías que resulten de aplicar la regla para la protección del núcleo familiar prevista en el apartado anterior, se embargarán conforme a la escala prevista en el artículo 607.2 de la misma ley».

⁶ En esta situación se consideran únicamente los deudores de un préstamo o crédito garantizado con hipoteca sobre vivienda habitual en el que todos los miembros de la unidad familiar (cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos con independencia de su edad que residan en la vivienda) carezcan de rentas derivadas del trabajo o actividades económicas, que su cuota hipotecaria resulte superior al 60% de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar, y que estos carezcan de otros bienes que les permitan hacer frente al pago de la deuda. Además el crédito o préstamo debe carecer de otras garantías reales o personales (salvo que los garantes también se encuentren en situación de exclusión). Y si existen codeudores que no forman parte de la unidad familiar, deben también estar situados en el umbral de exclusión.

⁷ Sobre el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria *vid.*, NÚÑEZ IGLESIAS, Á. (2012) «Alternativa a la ejecución hipotecaria judicial» en *La venta extrajudicial del bien hipotecado*. Jornada celebrada en Almería el 9 de marzo de 2012. Granada. Comares, págs. 1 a 32; y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2012) «La ejecución hipotecaria extrajudicial: problemas prácticos y propuestas de reforma», en *La venta extrajudicial del bien hipotecado*. Jornada celebrada en Almería el 9 de marzo de 2012. Granada, Comares, págs. 73 a 101.

⁸ Según el artículo 7 del Real Decreto: 1. *El deudor de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que se hubiese beneficiado tanto de las medidas de reestructuración establecidas en este capítulo como de las previsiones del Código de Buenas Prácticas sin reunir los requisitos previstos en el artículo 3, será responsable de los daños y perjuicios que se hayan podido producir, así como de todos los gastos generados por la aplicación de estas medidas de flexibilización, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden a que la conducta del deudor pudiera dar lugar.* 2. *El importe de los daños, perjuicios y gastos no puede resultar inferior al beneficio indebidamente obtenido por el deudor por la aplicación de la norma.* 3. *También incurrirá en responsabilidad el deudor que, voluntaria y deliberadamente, busque situarse o mantenerse en el umbral de exclusión con la finalidad de obtener la aplicación de estas medidas, correspondiendo la acreditación de esta circunstancia a la entidad con la que tuviere concertado el préstamo o crédito».*

⁹ Según el artículo. 5 párrafos 7 y 8: *El contenido del Código de Buenas Prácticas resultará de aplicación exclusiva a las entidades adheridas, deudores y contratos a los que se refiere este Real Decreto-Ley. No procederá, por tanto, la extensión de su aplicación, con carácter normativo o interpretativo, a ningún otro ámbito. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las entidades adheridas podrán con carácter puramente potestativo aplicar las previsiones del Código de Buenas Prácticas a deudores distintos de los comprendidos en el artículo 3 y podrán, en todo caso, en la aplicación del Código, mejorar las previsiones contenidas en el mismo.*

¹⁰ Sobre el procedimiento extrajudicial, su constitucionalidad y fundamento: DELGADO RAMOS, J. (2012), «El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. Dudas sobre su validez y efectos» en *La venta extrajudicial del bien hipotecado*. Jornada celebrada en Almería el 9 de marzo de 2012. Granada. Comares, págs. 103 a 121. Y GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. (2012), «Sobre la legitimidad del procedimiento notarial de ejecución hipotecaria» en *La venta extrajudicial del bien hipotecado*. Jornada celebrada en Almería el 9 de marzo de 2012. Granada, Comares, págs. 33 a 72.

¹¹ Segundo. *Los supuestos de especial vulnerabilidad a los que se refiere el apartado anterior son:*

a) *Familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente.* b) *Unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo.* c) *Unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años.* d) *Unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral.* e) *Unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones por desempleo* f) *Unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por víncu-*

lo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral g) Unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género, conforme a lo establecido en la legislación vigente, en el caso de que la vivienda objeto de lanzamiento constituyan su domicilio habitual.

¹² Tercero. Para que sea de aplicación lo previsto en el apartado 1 deberán concurrir, además de los supuestos de especial vulnerabilidad previstos en el apartado anterior, las circunstancias económicas siguientes: a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples. b) Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda. Cuarto. A los efectos de lo previsto en este artículo se entenderá: a) Que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5. b) Por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar. c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar d) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.

¹³ Se puede consultar en el informe del Defensor del Pueblo de 2012: «Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo»: http://www.defensordelpueblo.es/Defensor/los_informes.html

¹⁴ Artículo 6. Fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios. 1. En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato. 2. Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza; b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien; c) que se concedan en una o varias divisas.

¹⁵ Sobre los problemas procesales y las soluciones para incorporar el control en la ejecución hipotecaria, *vid.* por todos: CARRASCO PERERA, A., (2013). «La ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria y la articulación procesal del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria». *Centro de Estudios de Consumo*. Universidad de Castilla-La Mancha <http://www.uclm.es/centro/cesco/>.

¹⁶ También en este sentido GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2013). «Los consumidores demandados en procesos ejecutivos ordinarios y de ejecución hipotecaria tienen de plazo hasta el próximo 16 de junio para oponerse alegando la existencia de cláusulas contractuales abusivas». *Centro de Estudios de Consumo*. Universidad de Castilla-La Mancha <http://www.uclm.es/centro/cesco/>.

¹⁷ «La ejecución, que no se suspenderá, por la cantidad que reste, se ajustará a las siguientes especialidades: a) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por cien de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará

liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por cien dentro de los diez años. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación. b) En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquel a quien le hubiera cedido su derecho y estos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de 10 años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por cien de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante. Si en los plazos antes señalados se produce una ejecución dineraria que exceda del importe por el que el deudor podría quedar liberado según las reglas anteriores, se pondrá a su disposición el remanente» (artículo. 7. Cinco).

¹⁸ «En el caso de que la ejecución resultase insuficiente para saldar toda la cantidad por la que se hubiera despachado ejecución más los intereses y costas devengados durante la ejecución, dicha cantidad se imputará por el siguiente orden: intereses remuneratorios, principal, intereses moratorios y costas. Además el tribunal expedirá certificación acreditativa del precio del remate, y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas». artículo 7. Tres.

¹⁹ Sobre la naturaleza y efectos de la dación en pago en general BELINCHÓN ROMO, M. R., (2012). *La dación en pago en el Derecho español y en el Derecho Comparado*, Madrid., Dykinson, FÍNEZ, J. M., (1995). «La dación en pago», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 48, núm. 4, págs. 1467-1528. MARTÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1995). «Consideraciones sobre la dación en pago», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 575. El efecto principal en la ejecución hipotecaria es que impide la continuación de la ejecución sobre el patrimonio del deudor una vez adjudicado el bien hipotecado al acreedor, aunque su valor no haya resultado igual o superior a la deuda garantizada, parte de la cual, por tanto, quedará sin satisfacer.

²⁰ Vid. uno de los muchos comentarios críticos a este auto alegando el principio de *pacta sunt servanda* y la seguridad del tráfico en JIMÉNEZ PARÍS, T., (2012) «Consecuencias legislativas del Auto de 17 de diciembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Navarra. El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 732, págs. 2387-2425. También MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (2011). «La Audiencia Provincial de Navarra se decanta por la moralidad antes que por la legalidad en la ejecución de hipotecas», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 815.

²¹ BOE núm. 197, de 17 de agosto de 2011. <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Auto.aspx?cod=10399>

²² Así lo ha defendido, antes incluso de la aprobación de esta norma, ÁLAMO GONZÁLEZ, D. P. (2012), en *La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias. El control judicial del equilibrio contractual*. Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 97 a 110.

²³ Del contenido del acuerdo en <http://www.scoop.it/t/wfl-news/p/3937413903>

²⁴ Destacadamente sobre las garantías en el procedimiento de ejecución extrajudicial: GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., (2012): «Sobre la legitimidad del procedimiento notarial de ejecución hipotecaria» en *La venta extrajudicial del bien hipotecado*. Jornada celebrada en Almería el 9 de marzo de 2012. Granada, Comares, págs. 33 a 72. y DELGADO RAMOS, J. (2012) «El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. Dudas sobre su validez y efectos» en *La venta extrajudicial del bien hipotecado*. Jornada celebrada en Almería el 9 de marzo de 2012. Granada, Comares, págs. 103 a 121.

²⁵ Resultan de extraordinario interés, al respecto, las *Conclusiones de la Jornada sobre las repercusiones de la doctrina del TJUE en materia de cláusulas abusivas en ejecuciones hipotecarias*. 8 de mayo de 2013, que recoge criterios orientativos para valorar el carácter abusivo de una cláusula contractual, las consecuencias de la declaración de una cláusula como abusiva y las facultades del juez para actuar de oficio en materia de cláusulas abusivas. En: <http://www.>

poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunales_Superiores_de_Justicia/TSJ_Cataluna. Estas conclusiones descartan la posibilidad para el juez de integrar el contrato una vez que se declare nula una cláusula por abusiva. Sobre la necesidad y formas de control vid : PÉREZ BENÍTEZ, J. J. (2010). «El control judicial de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas. Tutela procesal de los intereses de grupo». *I Foro de encuentro de jueces y profesores de Derecho Mercantil*, coord. por José Ramón SALELLES CLIMENT, María Jesús GUERRERO LEBRÓN, Rafael FUENTES DEVESA, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 161-218. Finalmente sobre la posibilidad de articular el control de las cláusulas en la oposición a la ejecución hipotecaria vid., CARRASCO PERERA, A., (2013). «La ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria y la articulación procesal del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria». *Centro de Estudios de Consumo*. Universidad de Castilla-La Mancha. <http://www.uclm.es/centro/cesco/>

²⁶ Como ejemplo de tal control vid., BALLUGERA GÓMEZ, C. (2010). «Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo hipotecario en la STS de 16 de diciembre de 2009». *Diario La Ley*, núm. 7507, Sección Doctrina, 11 Nov. 2010, Año XXXI. También, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2013). «Sentencia de 14 de junio de 2012. Efectos de la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas». (Abusa, que algo (ya) no queda). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, ISSN 0212-6206, núm. 91, págs. 339-356; o de la misma autora GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2010). «Sentencia de 16 de diciembre de 2009: Cláusulas abusivas en contratos bancarios: Protección de consumidores y usuarios». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, ISSN 0212-6206, núm. 84, págs. 1645-1728.

²⁷ ÁLAMO GONZÁLEZ D. P. (2012): «La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias», *op. cit.* pág. 98.

²⁸ Vid. ÁLAMO GONZÁLEZ D. P. (2012): «La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias». *op. cit.*, pág. 51, 97-110. Y RUIZ-JARABO y COLOMER, D. (1993): «El juez nacional como juez comunitario: Valoración de la práctica española» en *Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, coord. por Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS, Diego J. LIÑÁN NOGUERAS, 1993, págs. 653-676. y (1993) *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, Civitas, 1993.

²⁹ ÁLAMO GONZÁLEZ, D. P. (2012): «La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias. El control judicial del equilibrio contractual». *op. cit.* pág. 84.

³⁰ No habría ya enfrentamiento entre legalidad y moralidad, como se ha querido presentar al movimiento de jueces y tribunales que han cuestionado la contratación y la ejecución hipotecarias en el actual contexto económico: MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., (2011): «La Audiencia Provincial de Navarra se decanta por la moralidad antes que por la legalidad en la ejecución de hipotecas», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 815

³¹ CHAMIE, J. F. (2012): «El principio general de *reductio ad aequitatem* por desequilibrio contractual» *Revista de Derecho Privado*, Colombia, núm. 22, enero-junio, 2012, págs. 219 a 275., pág. 222. También PEREZ LOPEZ, X. (2009): «Hacia la armonización de las normas europeas en materia contractual: un punto de vista romanístico». *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13.

³² En enero de 2009 el boletín de información del Ministerio de Justicia publicó la propuesta normativa elaborada por la Comisión General de Codificación para la reforma del Libro IV del Código Civil. En dicha propuesta se introducía un capítulo VIII titulado «de la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato» cuyo único precepto, el artículo 1213, establecía la posibilidad de la revisión contractual, e incluso la resolución contractual. Sobre el mismo vid., SALVADOR CODERCH, P. (2009): «Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y contratos», en *Indret*, 4/2009, págs. 17 y sigs.

³³ CHAMIE, J. F. (2012): «El principio general...», *op. cit.*, págs. 240 y sigs.

³⁴ ALFARO AGUILA-REAL, J. (2003): «La unificación del Derecho Privado en la Unión Europea. Perspectiva», en *Derecho privado europeo*, coord. por Sergio CÁMARA LAPUENTE, Editorial Constitución y Leyes, COLEX, págs. 107-128. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2009): «Los

principios Lando», en *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, coord. por Esteve BOSCH CAPDEVILA, Barcelona, Bosch, págs. 151-182.

³⁵ CARO GÁNDARA, R. (2013): «En la secular búsqueda europea de un paradigma de justicia contractual: el enfoque de justicia relacional». En *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*. Ed. SÁNCHEZ LORENZO, S., 2.^a ed., Madrid, Civitas, 2013, págs. 11-67.

³⁶ SAN MIGUEL PRADERA, L. P. (2003): «La excesiva onerosidad: una propuesta de regulación europea», en S. SPIAU y A. VAQUER (Ed.), *Bases de un Derecho contractual europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch págs. 371 y sigs.

³⁷ Vid. VAQUER ALOY, A., E. BOSCH CAPDEVILA y M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ (Coord.) (2012) *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del marco común de referencia*, Barcelona, Atelier, 2012.

³⁸ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea, de 11 de octubre de 2011, COM (2011) 635 final.

³⁹ EBERS, M. (2012) «El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional», *InDret*, 1/2012; GÓMEZ POMAR F. y M. GIL SALDAÑA, (2012) «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos», en *InDret*, 1/2012.

⁴⁰ Sobre la evolución en la concepción del contrato hacia un nuevo solidarismo contractual: BENÍTEZ CAORSI, J. J. (2013) *Solidaridad contractual. Noción posmoderna del contrato*. Editorial Reus, 1^a ed., 2013.

⁴¹ ALFARO AGUILA-REAL, J. (1994): «Protección de los consumidores y derecho de los contratos». *Anuario de Derecho Civil*, vol. 47, núm. 2, 1994, págs. 305-324.

⁴² Así lo declara por ejemplo el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón de 12 de julio de 2012 —que negó legitimación a Bankia en la ejecución de un préstamo hipotecario concedido por Bancaja que luego se integró en Bankia. Pero la cesión del crédito no se formalizó.

⁴³ Pues, como pone de manifiesto PÉREZ GARCÍA, M. J. (2007) en «El valor de los bienes en la ejecución». *Cuadernos de Derecho Registral*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.: Madrid 2007, en las adjudicaciones de bienes en los procesos de ejecución por un precio inferior al valor de mercado podemos estar ante un enriquecimiento injusto por abuso de Derecho. Sobre el particular vid. también GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (2004) «Valoración del inmueble en la ejecución hipotecaria». En *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coord. por José Manuel GONZÁLEZ PORRAS, Fernando P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, vol. 1, págs. 2149-2168.

⁴⁴ Sobre la buena fe en la ejecución del contrato y la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, en la Jurisprudencia vid. PASQUAU LIAÑO, M. (2009): «Comentario al artículo 1258» en *Jurisprudencia civil comentada*. 3 tomos, ed. por PASQUAU LIAÑO, coord., por K. J. ALBIEZ, A. LÓPEZ FRIAS, Comares, Granada, tomo II, págs. 2286-2296.

⁴⁵ De acuerdo al artículo 9 del RD 716/2009) de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero: *Si por razones de mercado o por cualquier otra circunstancia el valor del bien hipotecado desmereciese de la tasación inicial en más de un 20%, y con ello se superasen, en función del principal pendiente de amortizar, los límites a que se refiere el artículo 5.1, la entidad acreedora, previa tasación realizada por una sociedad homologada independiente, podrá exigir del deudor la ampliación de la hipoteca a otros bienes suficientes para cubrir la relación exigible entre el valor del bien y el préstamo o crédito que garantiza. En el caso de que el deudor sea una persona física, el desmerecimiento al que se refiere el párrafo anterior deberá haberse mantenido durante el plazo de un año, a contar desde el momento en que la entidad acreedora haya hecho constar en el registro contable al que se refiere el artículo 21 el citado desmerecimiento. El deudor, después de requerido para efectuar la ampliación, podrá optar por la devolución de la totalidad del préstamo o crédito o de la parte de este que exceda del importe resultante de aplicar a la tasación actual el por-*

centaje utilizado para determinar inicialmente la cuantía del mismo. Si dentro del plazo de dos meses desde que fuera requerido para la ampliación, el deudor no la realiza ni devuelve la parte de préstamo o crédito a que se refiere el párrafo anterior, se entenderá que ha optado por la devolución de la totalidad del préstamo o crédito, la que le será inmediatamente exigible por la entidad acreedora.

⁴⁶ Lo pone de manifiesto ALAMO GONZALEZ, D. P. (2012), *op. cit.* págs. 97.

*(Trabajo recibido el 08-07-2013 y aceptado
para su publicación el 21-10-2013)*